

POR D. FRĀCISCO DEL BVRGO Y MENDOZA,

Clerigo de menores Ordenes, vezino de esta Ciudad.

(✱) *EN EL PLEYTO* (✱)

Con don Francisco de Quesada y Benavides, a que ha salido don Juan de Quesada su hermano, vezino desta dicha Ciudad.

En Granada, En la Imprenta Real, En casa de Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1653.

N. 1. ESTE PLEYTO ESTA visto por v.m. sobre lo principal, con todas las partes, y assimismo sobre el articulo que despues de visto, y dado para informar, y el negocio ya concluso legitimamente se ha deduzido por el dicho don Iuan de Quesada, pretendiendo auerse de bolver a recibir a prueua con el, no auiendo pedido, ni pretendido tal en su oposicion, y el dicho don Francisco del Burgo pretende, que sin embargo dello, ni aora diferir aqueste pleyto, despues de tantas dilaciones, ni recibirlo aprueua, se ha de determinar en lo principal, mandandole hazer collaciõ, y dar possessiõ de la Capellania que fundò don Diego de Gumiel, Maestre-Escuela de la santa Yglesia de Almeria, su tio, que vacò por fin, y muerte de don Pedro de Morales; y para mayor claridad deste papel se diuidirà en tres puntos.

En el primero se fundarà la exclusion del dicho articulo, y que no puede auer lugar la prueua.

En el segundo, que el codicilo en que se fundan dõ Francisco, y don Iuan de Quesada, no puede subsistir, por la incapacidad de don Diego de Gumiel al tiempo de su otorgamiento.

Y en el tercero se fundarà la justicia de don Francisco del Burgo, y excluyrà la pretension de los susodichos, aun en caso de que el codicilo no tuuiesse el dicho defeto.

PVNTO PRIMERO.

2 HEcho es constante que de ninguna suerte se puede negar que estãdo aqueste pleyto substanciado entre don Francisco del Burgo, y don Francisco de Quesada, y ya hecha publicacion de las prouanças, assi de el termino principal, como del de restituciõ, y cõcluso para verse: el dicho dõ Iuã saliò oponiẽdose a el, por auer casadose el dicho dõ Frãcisco, y q̃ auie n-

auiendo hecho su oposicion llanamente, valiendose de las mismas alegaciones, y defensas de su hermano, no se ofrecio aprouar en su primer pedimento, ni en otro ninguno que se hizo hasta despues de estar cõclu so con el, y tomado para informar, cõ lo qual despues nõ pudo, ni puede de ninguna suerte pretender el que aqueste pleyto se buelva à recibir a prueua, porque cõ la conclusion de la causa quedò excluydo totalmente de poderlo pretender, quia ex conclusione inducitur renuntiatio quædam probationum, & iuris allegationum, ita vt amplius etiam volentibus nihil probare possint, vt probat. ex glos. *in Auth. de test. §. quia verò, multi, verb. cõcluserint, collat. 7.* glos. *in c. cũ dilect. de fid. instrum. verb. conclusum, & glos. in c. quoniam contra de probat.* & ita tenent Paz *in prax. 1. part. temp. 10. num. 1.* Matienço *in dialog. relator. 3. part. cap. 52. in princ.* Didac. Perez *in l. 6. tit. 11. lib. 3. ordinam. glos. verb. conclusio, fol. 669.* referens Morl. *in emp. iur. 1. part. tit. 11. quæst. 4. num. 2.* & bene Rodrig. *in mod. examinan. process. cap. 11. num. 2.* ibi: *Ideò in primis obseruandum erit litis conclusionem esse renuntiatonem quamdam probationum, & iuris allegationum à partibus factã amplius, nihil probare volentibus, ideò que ea facta nihil possit in causa produci, nihilque aliud superesse præter sententiam.*

3 ¶ Y aquesto es en tanto grado cierto, que ni aun instrumentos se pueden ya entonces presentar, ex text. *in cap. cum dilect. de fid. instrum. l. 34. tit. 16. part. 3.* Morl. *in emp. tit. 11. de fid. instrum. tit. 4. num. 1. & 2.* en dõde dà la misma razon por ser genero de prouança, y aunque en quanto a los instrumentos, oy se practica lo contrario, procede solamente quando fuit nouiter repertum, y se presenta con juramento, de que entõces ha llegado a su noticia, y es menester que el procurador para presentarlo tẽga poder especial, vt late fundat Morl. *vbi prox. num. 3. vsque ad fin. quæst.* si bien Rodrigo *in cap. admonendi, num. 16. & 25.* Aun en este caso lleua la opinion contraria, que no se admitan instrumentos, post conclusam causam etiam nouiter repertos.

4 ¶ Y de aqui asimismo prouiene, que respeto de ser la cõfession prouãça, y la mayor que en nin

gun

gũ caso se puede dar, vt in *l. vnic. C. de confes. cum vulg.* es la mas cierta, y verdadera opinion, que despues de cõclusa la causa no se le puede apremiar a ninguno de los litigantes que jure a pedimento de su contrario, vt notanter aduertit Rodrig. *in mod. examin. proceß. dict. cap. 11 n. 19 vers. Enim verò*, ibi: *Enim verò credere contrariam sententiam veriorem eße, quinimo postquam in causa conclusum sit, à iudice confeßionem recipi non debere, quemadmodum aliæ exceptiones, oppositiones, aut probationes nõ admittũtur post talem cõclusionem.* Y de aqui es, que ni en las causas executiuas despues de passados los diez dias, que es el termino de las prouanças, no se admite confession de la parte, vt optimè fundat Auend. *de exseq. mandat. 1. part. cap. 16. num. 2. vers. Si verò debitor*, & *in responsor. respons. 18. num. 3.*

5 ¶ Luego con quanta mayor razõ no puede tener fundamento don Iuan de Quesada, para que aqueste pleyto se buelva a recibir a prueua pues estaua concluso con el sin auerse ofrecido aprouar, visto a su instancia en lo principal, y entregadosele muchos dias auia, para que informasse en ello, con que se reconoce q̃ el hazerlo ha sido maliciosamẽte, *quod non est indulgendũ ne malitiis via aperiatur*, ad text. *in l. cũ hi 8. §. si cũ lis, ff. de transact. l. si maritus, ff. ad leg. Iul. de adult.* cũ multis congestis à Alvarez *in loc. communibus, lit. M. n. 18.*

6 ¶ Pero dado caso que aqueste pleyto no estuuiesse concluso con el dicho don Iuan, que en este caso no hallamos fundamento para recibirlo a prueua, auiendo salido como tercero, coadjubando, y alegando lo mismo que don Frãcisco de Quesada su hermano, no lo pudiera tampoco pretender, y asi el Licenciado don Iuan Muriel, que hizo el primer pedimento, como tan aduertido, y grande Abogado no se ofrecio aprouar, reconociendo, que en este caso no podia auer lugar semejante dilacion, porque el tercero que sale a el pleyto, y entra coadjubando las mismas defensas de algunos de los litigantes, y que no lo haze por nueua causa, ni nueuo derecho distinto, deue tomar la causa enel estado q̃ esta, vt est textus expressus, *in cap. 2. vt lit. pend. lib 6.* ibi: *Sane si ad deffensionẽ ipsius*

litis

litis aliqui quorum interest, petierint se admitti, eos in illo statu in quo ipsam inuenerunt decernimus admittendos, cap. constitutum, vbi Anchar. *in 6. notabili de elect.* & multis fundat Surd. *decis. 147. num. 6.* ibi: *Quod neque dilatorias, neque declinatorias potest oponere,* bene don Francisc. Hieron. de Leon *lib. 1. decis. 106. num. 3. & 4.* vbi sic decisum ait, & alijs multis, D. D. Ioan. de Larrea *tom. 2. decis. 77. num. 11.*

7 ¶ Y que aun en caso que el tercero salga por su propio derecho deua tomar la causa en el estado que tenia, porque no se dilaten los pleytos por los gastos y daños que de sus dilaciones se siguen a las partes, multis Menoch. *de arbitr. lib. 2. cas. 118. num. 1.* ibi: *Audiri solet in iudicijs tertius qui pro suo interesse comparet, l. si per lusß §. vlt.* vbi laté Bart. *ff. de appellat. & in l. si suspect. ff. de inoffic. test.* & inter multa, quæ solent obseruari hoc casu. *Primo, vt hic tertius iudicium acciperet, eo in statu in quo tunc reperiatur, cum ad iudicium accedit,* Vantius *de nullit. tit. quis poßit dicere de nullit. n. 25.*

8 ¶ Et præcipué, quando al tiempo que sale, estaua ya la causa conclusa, quia tunc nulli est dubium, *ex cap. cum super de re iudic.* & ibi expresse Innocent. & Anton. de Butr. *num. 18.* Afflict. *decis. 235. num. 3.* ibi: *Et sic si est publicatum, edidicita sunt testificata, non poterit tertius audiri, nisi super articulis nouis, non super eisdem, & directo contrarijs,* D. Couar. *pract. cap. 13. num. 2. & in cap. 14. num. fin.* ibi: *Præsertim vbi tempore huius oppositionis conclusum fuit in causa, vel facta sit testium publicatio.*

9 ¶ Y aunque el señor Presidente Couaruuias vbi proximè, dize que en este caso admitiera las alegaciones, y pretensiones del opositor, pero que auia de ser absque prejudicio publicationis, conclusionis, & diffinitionis ipsius litis, que es lo q̃ tan docta y advertidamente proueyò v.m. en la peticion en que don Iuan de Quesada saliò alegando y ofreciendose a prouar despues de visto el pleito con el, & in eleganti casu, hablãdo en terminos de estar el pleyto concluso, que no se ha de suspen-

der su determinacion, aunque despues salga qualquier tercero por su propio derecho, y sea menor, ô otra persona priuilegiada, ex pluribus fundamentis, authoritatibus, & decisionibus Rotæ, Vicentius de Franchis *tom. 2. decis. 261. num. 6. vers. Prædictis tamen non obstantibus*, vbi ait. sic decisum cum maxima discutione, y mouiô mucho para ello el que tambien estaua hecha relacion del pleyto, por donde se auian reconocido ya los meritos de la justicia de las partes, lo qual se ajusta en todo a aqueste pleyto, porque no solo ay en el el que estuuiesse concluso con don Francisco, como lo estaua, que esto solo bastara, vt ibi etiam dicitur, ibi: *Dicebatur etiã quod & si sola conclusio in causa sufficeret*, sino que tambien lo estaua con el dicho don Iuan, y visto con el en lo principal.

PVNTO SEGVNDO.

10 SVpuesto lo dicho en el punto antecedente, y que no parece auer fundamento para que este pleyto se reciba a prueua, y dexe de determinarse en lo principal (salvo su dignissimo parecer de v.m. a que siempre se deue estar) parece que es euidente la justicia de don Francisco del Burgo, para que se le mande hazer colacion de la dicha Capellania, porque estando prouada la demencia, e incapacidad de don Diego de Gumiel en el tiempo que se dize otorgô el codicilo, en que nombrô por Capellan a vno de los hijos de doña Maria Zapata, el que la susodicha señalasse, no se deue estar a la disposicion que se pretende auer hecho por el, por ser conclusion indubitable de derecho, q qualquiera acto, ô disposicion de persona, que carezca de sanamente, es nulo, e inualido, y no obra ningũ efecto *l. quidem in suo 27. ff. de conditionib. institut.* & ibi glos. verbo, *mentis, l. 2. § filius familias, l. in adversa 7. l. qui testamenta, ff. de testam. l. 13. tit. 1. p. 6.* y son decisiones donde se determinô assi, Rota Romana

misma diuers. 2. part. decis. 107. & decis. 134. Farin. in nouis decis. 384. part. 1. tom. 1. Ioseph Sessè decis. 6. Phebo decis. 58. & nouissimè D. Francisc. Hieron. de Leon decis. 40. num. 28. tom. 3. & ex consulentibus resoluunt Paris. cons. 87. & 88. part. 3. Menoch. cons. 82. lib. 2. Surd. cons. 89. lib. 1. Burg. de Paz cons. 11. Ramonius cons. 74. & doctissimè D. D. Ioann. Valenç. Velazquez cons. 31. à num. 2. & à num. 46. vsque ad 49.

11 ¶ Con que teniendo don Francisco del Burgo tan concluyente prouança con muchos testigos mayores de toda excepcion, que deponen del mismo tiempo del otorgamiento del codicilo que don Diego de Gumiel estaua incapaz, y fuera de si por lo muy agrauado que estaua de la enfermedad de que murió, dando razon de todo ello por actos particulares que declaran el dicho codicilo, se ha de juzgar como si no se huuiesse fecho, aun en caso q̃ vuiesse prouança contraria, que no la ay, si no solo de oydas, de que entonces estaua capaz, porque en concurrencia de prouanças, quãdo los testigos deponen de actos, ó circunstancias por donde se prueua la demencia, se prefieren a los que deponen de capacidad, quia primi deponunt, de actos qui sensu percipi possunt, & alij de re imperceptibili, & quæ dignosci non potest, vt bene fundat Roderic. Suar. *allegat. 1. num. 13. vsque ad 18.* Burg. de Paz *cons. 11. ex num. 1. vsque ad 18.* Farinac. *in fragm. lit. F. num. 312.* & ex alijs don Iuan del Castillo *lib. 4. controuers. cap. 28. n. 29. & 30.*

12 ¶ Pero aun quando la dicha prouança no fuera tan concluyente, y de testigos que depusieron en virtud de censuras, quibus maximè est attendendum, præcipuè concurrentibus alijs coniecturis, vt ex Curc. Grauet. & alijs aduertit Petrus Surdus *cons. 29. num. 8. ibi: Et testes qui deponunt vigore monitoriarum debent plurimum inclinare animum iudicis, præcipuè si concurrant aliquæ coniecturæ, quia nemò præsumitur immemor salutis æternæ, neque aliquid dixisse in præiudicium animæ suæ.*

Si

13 ¶ Si no que solo se estuuiera en caso de presunciones y conjecturas, aduc se deue preferir la prouança de la demencia a la contraria, por ser cosa de dificil prouança, y depender de vn afecto del animo, y passion interna, vt ait Bald. in *l. furiosum, num.* 1. *C. qui testament. facere possunt*, & ibi Ias. *num.* 4. Masc. *de probat conclus.* 5 0 2. *num.* 1. Farin. *in fragm. lit.* F. *nu.* 2 3 2. Castill. *dict. lib.* 4. *controu. c.* 2 8 *num.* 3 4.

14 ¶ Y de aqui es, que bastan en este caso testigos singulares, Decius *in dict. l. furiosum, nu.* 3 0. Rob. Marant *in l. si quis potest, ff. de acquir. hared. num.* 1 4 3. Rod. Suarez *dict. allegat.* 1 *num.* 1 9. Farin. *quæst.* 6 4. *num.* 2 5 9. *& in fragm. dict. lit.* F. *num.* 2 9 0. nouissimè D. Franc. Hieron. de Leon *tom.* 3. *decis.* 4 0. *num.* 1 2 9.

15 ¶ Y aun sola la prouança de algun acto singular por donde se presuma la falta de capacidad, vt tradunt DD. per text. *in l. quidam in suo, ff. de condit. inst.* Menoch. *de præsumptionib. lib.* 1. *præsump.* 4 5 *num.* 2 2. Mascard. *conclus.* 5 0 2 *num.* 1. *& conclus.* 8 2 6. *in princip.* Patian. *de probationib. lib.* 1. *cap.* 3 3. *à num.* 9 Farin. vbi supr. *num.* 2 3 3. & cum alijs Plaça *de delictis, lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 6. *vers. Illud etiam*, ibi: *Illud etiam constat furorem si vnicum tantum actum furiosi, vel mente capti egeret.* Et inferius ibi: *Siquidem attendenda non est verborum pluralitas, vel actuum.*

16 ¶ Et in casu præsenti, no solo ay vn acto, si no muchos, y tan grandes presunciones, q̃ qualquiera de ellas es bastante para calificar la dicha demencia, y poca capacidad con que estaua dõ Diego de Gumiel a el tiempo que suena auerse otorgado el dicho codicilo, como son. La primera, y que por si sola bastara, es el que entonces estaua el dicho don Diego tan agrauado de la enfermedad, que no conocia a sus deudos, ni entendia lo q̃ se le hablaua, & vt aiunt DD. erat iam moribũdus, pues como dizen don Francisco de Molina, de el Abito de Santiago, don Iuan Maldonado Tribiño sus deudos, y tambien el Licenciado don Alonso

de

de Coca, y otros, q̃ aunq̃ le hablarõ no les conocio, ni pudo hablar, por tener trabada la lẽgua, señales euidentes de que ya estaua fuera de si, y sin capacidad para poder disponer, ni testar, vt probatur ex text. in *l. si quis in graui, § si quis moriens, ff. ad Silanianum*, elegans text. *in dict. l. furiosum, C. qui testam. fac. poss.* ibi: *Qui in ipso actu testandi aduersa valetudine tentus est, pro nihilo est.* Et inferius: *Et hoc sanamente nullo tali morbo interueniente.* ibi: *Mortis præcipua cogitatione perturbata*, & per eum ait Paul. de Castro *in cons. 155. num. 2. vol. 1.* Quod talis mortis proximus non censetur mentis compos, & subdit similem esse mortuo, sequitur Socin. senior, *cons. 229. num. 5. vol. 3.* latè Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 6. num. 6.* & ex textu singulari, qui in casu loquitur in *l. à consultissima, § at cũ humana fragilitas, C. qui testam. facer. poss.* Y aquesta es vna presuncion tan grande, que aunque regularmente les assiste a todos la presuncion de capacidad, y al que alegare lo contrario le incumbe la carga de prouar lo, ex glos. *in cap. fin. verbo, compotem, de success. ab intest.* & quę notant DD. *in l. neque codicillos, C. de codicill.* copiose Farin. *in fragment. lit. F. num. 230.* facit in infirmo, vt tenent Bartol. & Salicet. *in dict. l. furiosum, C. qui testam. facer. poss.* & post eos eleganter D. Francisc. Hieron. de Leon *tom. 3. dict. decis. 40. num. 129.* Luego si aquesto procede en el que solo està enfermo, con quanta mayor razon se deue entender en el que estaua tan agrauado, y ya tan sin sentido? que como dize don Matias de Vargas, testigo en virtud de censuras, de vista al otorgamiento del codicilo, que para que le firmara fue menester que los que assistian alli le dixeran, y persuadieran a que le firmara, porq̃ no podia satisfazer, por la falta de distinto, y grauedad de la enfermedad, porque estaua ya traspostado, y fuera de si, & sic minimè testare poterat, vt tradit Barbatia *in cap. cum dilectus, num. 7. de success. ab intest.* & Dueñas *in sua alleg. at. n. 74.*

17 ¶ La segunda, de q̃ aun antes de otor-

gar

gar el dicho codicilo estaua en la dicha forma, y no conoció a el dicho don Francisco de Molina siendo deudo muy cercano suyo, primo segundo de su padre, y se fue sin hablarle, ni responderle, con que el derecho presume que se continuò, y durò la dicha demencia hasta su muerte, vt probat text. *in l. cum alijs, C. de curatore furioso*, text. & glos. in *cap. indicas 3 quæst. 9.* Rodrigo Suarez *dict. allegat. 1. num. 22.* D. D. Iuan del Castillo *dict. cap. 28 num. 44. & 45.* Burg. de Paz *cons 11. num. 13.* ibi: *Præsumitur esse in dementia cum dictum vltimum testamentum confecit ex quo ante probatur*, y de los Medicos lo testifica Auicena *in tract. de frenesi*, ibi: *Quod alienatio mentis in vera frenesi, & dementia semper adest.*

18 ¶ La tercera, porque deuiendo estar cō plenissima libertad, *ex l. 1. C. de Sacrosanctis Ecclesijs, quia voluntas, & plena libertas requiritur in testamēto, & codicilo*, Rod. Suar. *allegat. 1. n. 32.* per text. *in l. 1. C. si quis aliquem testari prohibuerit*, & copiose D. Castill. *lib. 1. cap. 1 num. 6.* el dicho don Diego no solo no lo estuuo, si no muy violentado assi antes de estar enfermo, sintiendo estar en casa de don Iuan de Quesada, y que no se le dessocupasse la suya para mudarse a ella, como despues de estar enfermo, respeto de las persuaciones que le hazian para que dispusiesse en su fauor, como lo depone Fray Pablo de Cuenca, Religioso del Orden de santo Domingo, su confessor, a quien se lo comunicó, y de lo violentado, con que estaua en la dicha casa, testifica tābien Fray Sebastian de Gamez, Religioso del mismo Orden su compañero, y el Licenciado don Alōso de Coca, que se hallò presente quando se otorgò el codicilo, y assi en caso que estuuiesse en su capacidad el dicho don Diego a el tiempo del otorgamiento del codicilo, es sin duda que el otorgarlo fue por hallarse oprimido, y verse tā solo, y desamparado de sus deudos, y que en tiempo de hallarse tan agrauado no le dexassen, vt singulariter notat ex Corneo, & alijs Menoch. *de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 8 num. 29. & 30.* ibi: *Tertius est casus, quando*

do testator est sanæ mentis, sed corpore infirmus, & non liberæ voluntatis, vt quia timet eos, sub quorũ est custodia. Et inferius, dando la razon de lo susodicho, sic ait: *Ea est ratio, quod timore potius ne ab illis desereretur, quam sponte, & quod ex animo suo ita faceret*, & idem ex text. *in l. Mæuius ff. de varijs, & extr. cognit.* aduertit, hablando en el mismo caso de testamento, con las mismas circunstancias, D. Franc. Hieronim. de Leō *dict. decis. 40. num. 69 tom. 3.*

19 ¶ La quarta, porque hasta los Medicos manifestaron, y dieron a entender lo mismo, de que estaua incapaz quando se otorgò el codicilo, respeto de lo qual todos los de la casa del dicho don Iuan de Quesada lo dezian, y publicauan assi, como lo depone Francisco Martinez, testigo de la prouança contraria, que deponiendo de el mismo acto del codicilo, dize: *Que los Medicos, y los que alli estauan, dezian, q̃ estaua sin juyzio el dicho don Digo*, de lo qual resulta, no solo presuncion, si no vna plena prouança de la dicha demencia, assi por testificar quien lo presentò, que en este caso prueua contra quien lo presentò, que en este caso prueua plenamente contra el, aunque sea de oydas, ex text. *in l. cum præcum de liberali causa*, & quæ copiose fundat Farin. *de testib. quæst. 69. à num. 57. & sequentib.* como por dezir de oydas a los Medicos, que es a cuya asercion se deue estar para la prouança de la demencia, maximé, quando prouiene de enfermedad, como en este caso, vt inquit Cinus *in l. senium, C. qui testam. far. poss.* Bart. *in l. 2. num. 3. ff. de testam.* Plaça *de delict. lib. 1. cap. 29. num. 2.* Pacian. *de probat. lib. 1. cap. 47. num. 9. & in addit. lit. A.*

20 ¶ La quinta, de que como por el mismo codicilo parece estaua falto de memoria, pues siendo assi que en su testamento llamò por Capellanes a todos los hijos, y nietos de dō Luys Tadeo del Burgo en el dicho codicilo, dize que despues de el hijo, que señalasse doña Maria Zapata sucediesse el hijo que auia nombrado de don Luis del Burgo, siendo assi que no auia nombrado a ninguno en particular, de lo qual se prueua tambien plenamen-

te

te la dicha demencia, & quod ex illo solo probetur est, text. *in cap. filij de haeretic. lib. 6. l. 13. tit. 1. part. 6.* ibi: *Otro si el que fuesse salido de memoria no puede hazer testamento, l. 9. tit. 1. part. 7.* ibi: *Esso mesmo dezimos, q̃ seria del loco, y del furioso, ò del desmemoriado, l. 4. tit. 34. part. 7. & l. 5. tit. de las mandas, in foro legum*, ibi: *Establecemos, que los que no fueren en su memoria, ò en su sexo, no pueden facer testamento*, & idem resolvunt Grammat. *cons. 5. num. 10.* Burg. de Paz *cons. 11. num. 8 & 12.* Auendañ. *respons. 35. num. 1. vers. 5.*

21 ¶ Todos los quales, y los dichos textos equiparan a el desmemoriado, aunque tenga juyzio, a el loco, y demente, quia non sufficit quis habere intellectum, si non habet sanam, & integram memoriam, vt ait Greg. Lopez in *l. 6. tit. 3. part. 6.* Glos. magna in princip. Simon de Praetis *de interpret. vltim. voluntat. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 4. nu. 23. & 24.* Flor. de Men. *lib. 1. variar. cap. 1. num. 54.* & maximè si cum eo concurrant aliae praesumptiones, Mascard. *de probat. tom. 2. conclus. 826. num. 14.* D. Francisc. Hieron. de Leon *dict. decis. 40. nu. 125.* Y aqui no solo ay la falta de memoria, si no tantos indicios y presunciones como quedan referidos.

22 ¶ La sexta, de que como dizen tantos testigos, deudos, y estraños, vnos de actos que vieron, y otros de oydas a don Pedro Ramirez, albacea testamentario del dicho don Diego, y a don Miguel de Avellan, testigo instrumental del codicilo, todos juzgauan, y reputauan a el dicho dõ Diego por persona que estaua incapaz quando lo otorgó, y en particular dizen don Matias de Vargas, y el Licenciado Bernardo de Castañeda, Clerigo, de oydas a los susodichos, que se admirauan de que se huuiesse hecho semejante codicilo, cõ que la dicha demẽcia viene a quedar prouada plenamente, porque todos los susodichos eran los que mas bien podian estar informados del o por el parentesco, deudo y amistad que con el difunto tenian, vt tenent DD. maximè Bald. *in § item furiosi, Inst. quibus non est permiss. facer. testam.* Burg. de Paz *cons. 11. numer. 9.*

ibi:

ibi: *Verum de ipsa dementia constat; quia à consanguineis suis demens reputabatur*. Farinac. *in fragm. lit. F. num.* 272. & melius *num.* 315. ibi: *Probatio illa præfertur, quæ facta est per testes magis informatos, prout erunt consanguinei, vicini, familiares, domestici, qui cum eo longam conuersationem habuerunt.*

23 ¶ Y la septima y vltima, ademas de otras que se podian considerar, por no dilatar mucho este papel, de que prefiriesse a el hijo de doña Maria Zapata, a sus deudos tan cercanos, y a el dicho don Francisco del Burgo su ahijado, a quien de derecho se tiene la misma afeccion que a los hijos, vt ait Bald. in *l. parentes, num.* 3. *C. de testib.* ibi: *Idem dico in patre regenerationis*, & ibi Salicet. *num.* 2. *Sed quid de patre regenerationis*. Y por ello deue el padrino alimentar a su ahijado en los estudios, vt ait Faber *in l.* 1. *C. de alend. liber.* & Baldus *in Authent. nisi rogati, vers. Sed tum ego quæro*, Boer. *decis.* 233. *num.* 4. notanter Plaça *de delict. cap.* 40. *nu.* 10. *vers.* 5. y en los antecedentes funda con muchas, y grandes autoridades, que por ello no deuen ser admitidos por testigos los vnos contra los otros, y que puede el ahijado pedir en juyzio la muerte de su compadre, y que si lo matare tiene la pena de parricidio.

24 ¶ Luego auiendo vna afeccion tan grande, y deudo tan cercano, por ser don Francisco de el Burgo visnieto de hermano mayor de su padre de el dicho don Diego, y que por ello le dexò a don Luys Thadeo del Burgo su padre, y a los sucessores en su casa el patronato, nombrò por su albacea, y mandò q̃ se estuuiesse en todo a su parecer, y que la Capellania viniesse a sus hijos y nietos, no se puede, ni deue presumir que auia de preferir a don Francisco el hijo de doña Maria Zapata, sin ser su deudo, como està prouado concluyentemente, si no tan estraño, que por la habitacion de vnos entresuelos donde estaua mientras le desocupauan sus casas, le lleuauan cincuenta ducados cada vn año, de que se sentia, y quexaua mucho, como el dicho Fray Pablo de Cuenca, y otros testigos lo deponen, lo qual resiste mucho a entender que quisiesse anteponerle a sus deudos, quando solo el ha

zerlo aun no auiendo aquesta causa, se tiene por especie de infamia, y demencia, iuxta text. *in l. 2. ff. de inofficios. testam. l. Titia, ff. eodem, l. patronus, in fin. ff. delegat. 3. l. nam & si parentibus, ff. de inoffic. testam.* bene Roder. Suarez *dict. allegat. 1. num. 12.* quæ latè congerit D. Castill. *lib. 2. controuers. cap. 19. per tot.*

25 ¶ Et tandem es muy de reparar, que siendo el dicho don Diego persona de tan gran calidad, y Sacerdote muy exemplar, quisiesse faltar a las obligaciones de vno y otro, desamparando a sus deudos por el dicho codicilo, auiendo por su testamento socorridolos a todos por la obligacion natural, y que como Christiano tenia de hazerlo antes que a los estraños, ex authorit. Diu. August. *in cap. fin. 17. quæst. 4.* ibi: *Quærat alterum qui succipiat, & non Augustinum, imò Deo propitio nullum inueniet,* & quę refert Faber *in § intestatorũ, Inst. de rer. qualit. & different. & in l. fratres, vel sorores, C. de inofficios. testam.*

PVNTO TERCERO.

26 PEro dado caso que no estuuiera tan euidentemente prouada la demencia y falta de capacidad en don Diego de Gumiel a el tiempo del otorgamiento del dicho codicilo, y que pudiesse subsistir la facultad que le diò a doña Maria de Zapata para q̃ pudiesse señalar a vno de sus hijos para Capellan de la dicha Capellania despues de la muerte de don Pedro de Morales, vltimo Capellan, aduc parece que corre con toda llaneza la justicia de don Francisco del Burgo, vt ex seqq. fundamentis apparet, en los quales se fundarà, no solo la exclusion de don Fräcisco de Quesada, si no de don Iuan de Quesada su hermano.

27 ¶ El primero, porque quando doña Maria Zapata nombro, y señalò a su hijo don Francisco de Quesada, fue muy intempestiuamente, por auer passado mas de diez y siete años despues del otorgamiento del codicilo, con lo qual se extinguiò, y cessò la facultad que parece auersele concedido por el, porq te-

teniendo como tenia entonces a don Diego de Quesada su hijo mayor, y a el dicho don Frãcisco de Quesada, como consta por la informacion hecha por el susodicho, por donde parece, que el año de cincuenta tenia mas de veynte años, deuiò luego hazer la dicha eleccion, porque quando la facultad es de elegir persona, el que la tiene deue hazerlo luego a diferencia del que la tiene de señalar bienes, que entonces se le dà alguna mayor dilacion, como no exceda de vn año, y que assi la eleccion de persona debeat fieri statim, aut quam primum eligi potuerit, cum minima dilatione, vt probatur expresse in *l. cum quidam, ff. delegat.* 2. & ibi Bart. *num.* 3. & Bald. *col.* 2. *ad medium*, Simon de Pretis *de coniectur. vlt. volunt. lib.* 1. *interpret.* 1. *dubio* 3. *solut.* 4. *num.* 25. Menoch. *de arbitr. casu* 22. *num.* 10. *&* *casu* 35. D. Peralta *in dict. l. cum quidam, num.* 8. *vers.* Tertio nota, Surdo *decis.* 226. *num.* 7. & nouissime Carpio *de execut. testam. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 40. 41. *&* 42.

28 ¶ Y assi no auiendo la dicha doña Maria Zapata señalado a vno de sus hijos, ni luego como lo deuiò hazer, ni dentro de sesenta dias, como algunos han querido que aya de termino para la eleccion de persona, ex doctrina Bart. *in l. si arbitratu, ff. de verborum obligat. per text. in l. quod si nolit, § si quid ita, ff. de edilitio edicto*, id refert Surd. *dict. decis.* 226. *num.* 6. ni dentro de los quatro meses, que por la ley 31. & 33. de Toro tienen los Comissarios para hazer semejantes nombramientos, ad latè congestis à Mieres *de maioratibus, tom.* 1. *quæst.* 48. *à num.* 6. *& seqq.* vbi latissime fundat, & etiam quod transacto illo tempore non datur purgatio moræ ex verbis prædictæ *l.* 33. ibi: *E passados los dichos terminos no puedan hazer mas que si el poder no le huuieran dado*; neque etiam dentro de vn año, que es el mas largo termino que han señalado otros (*ex l. fin. § sed si quis, C. communia delegat.* que no habla en personas, si no en bienes) quos congerit Surdus *dict. decis.* 226. *num.* 9. en donde se determinò assi por sola la obseruancia que auia dello, no parece que la dicha doña Maria pudiesse nõbrar despues, y que el nombramiento fue intempestiuo, y assi nullo vt omnes præcitati DD. tenent.

Lo

29 ¶ Lo segundo, porque quando el nombramiento huuiera sido en tiempo, auia de ser de persona capaz, assi à el tiempo de la vacante, como à el de la oposicion, y ni en el vno, ni en el otro no estauan ordenados los dichos don Francisco, ni D. Iuan de Quesada, hermanos, respeto de que quando vacò la dicha Capellania fue en veynte de Agosto del año passado de 1650. y la oposicion que se hizo en nombre del dicho don Francisco fue en 30. de Agosto de el dicho año, y quando parece que se ordenò fue en 10. de Septiembre siguiente, como consta por el titulo de sus ordenes, y quando se ordenò el dicho don Iuan fue en 21. de Febrero del año siguiente de 1652. y assi entrambos eran incapaces totalmente de poderse oponer à la dicha Capellania, ni pedir que se les hiziesse colacion della, por ser el primero y principal requisito para ello el estar ordenados, quia laici sunt incapaces Capellaniarum, & beneficiorum ex eo, quod beneficium est ius spirituale, & sic non potest teneri, neque conferri laico, vt multis docet Nicolas Garcia *de benefic. 1. part. cap. 2. num. 18. & tom. 2. cap. 1. à n. 1.* & sequentibus, præcipuè *num. 9. &* 10. vbi quod non sufficit, quod sit destinatus ad Clericatum, & quod incedat in abitu Clericali, & abitus, & reputatus pro Clerico, y aun ay mucha duda, si basta solo el estar ordenado de Corona, como solo lo estan los susodichos, ex traditis ab ipsomet Nicol. Garcia *7. part. cap. 1. à num. 4. & seqq.*

30 ¶ Y de aqui es que el que no estuuiere ordenado, nõ potest præsentari ad beneficium, & si præsentetur erit nulla præsentatio, vt tenent Ojeda *de incopat. beneficiorum, 1. part. cap. fin. num. 72.* Iuan Gutierrez *cons. 2. num. 12.* Cardin. Tusch *lit. B. conclus. 56. num. 4.* de que se sigue que no tienen ningun derecho los susodichos para pretender la colacion de la dicha Capellania, por auerse hallado incapazes a el tiempo de la vacante, y oposicion, y no bastar el que sobreuenga despues la habilidad, quia qualitas requisita à lege seu à testatore debet adesse, eo tempore quo cedit dies, & non sufficit si postea superueniat, *l. si quis cum haberet, l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognati,* D. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 13.*

cap. 13 *num.* 37. y en terminos terminantes lleuan, y siguen aquesta opinion por cierta, y sin ninguna duda, Flaminius Parisio *de resign. at. lib.* 4. *quæst.* 2. *à num.* 14. D. Perez da Lara *de anniuers. & Capella. lib.* 2. *cap.* 9. *à nu.* 32. *& seqq. vsque ad finem*, optime Zauallos *commun. quæst.* 693. *à num.* 20. *& seqq.* vbi multa iura, & quam plurimos DD. congerit, y en el *nu.* 26. auiẽdo citado a Ancarrano, y Diego Perez, dize ser esta su opinion, y assi lo respondiò siempre q̃ se le consultò sobre ello, y que assi se practica en el Audiencia Arçobispal de Toledo, y procede aunque el que primero se opuso le faltasse la calidad de deudo que se requeria por el fundador, y el que se opuso despues, ò le sobreuino la calidad de Clericato lo fuesse, ò mas cercano, & idem testatur in *quæst.* 606. *num.* 28. Spino *in specul. testament. glos.* 4. *de patronis, num.* 70.

31 ¶ Y assi hallando a don Francisco de el Burgo, no solo con la calidad de Clericato, y de deudo tan cercano a el tiempo de la vacante, y oposicion tan habil, y suficiente, como es notorio, pues està graduado en Teologia, y à fecho grandes actos, con grãde aprouacion, si no tambien con el nombramiento de patrono, a que siempre se deue atender, desuerte q̃ la colacion que se haze contra el es nula, y irrita de derecho, *cap. dicernimus* 16. *quæst.* 7. Mohedano *decis.* 6. *de iure patronatus*, D. Gregor. Lop. *in l.* 5. *tit.* 15. *part.* 1. *glos.* 2. Nicol. Garc. *de benefic. tom.* 1. 5. *part. cap.* 9. *nu.* 131. *vbi alios*, no pueden de ninguna suerte concurrir con el los susodichos, pues demas de los dichos fundamentos fuera en perjuyzio del derecho que se le adquiriò, y radicò luego que se le presentò, y nombrò por el patrono, y que se opuso en tiempo que los demas estauan incapaces, vt notat in terminis Dida. Per. relatus à Zauallos *in dict. quæst.* 693. *num.* 25. ibi: *Sequitur quod illud ius superueniens non nocet præsentato, & instituto, quia à principio melius docuit de iure suo, quia alias lites fierent immortales, & iudicium esset in pendenti, quod iura abhorrent, l. nõ quemadmodum, ff. de iudicijs, maximè in præiudicium tertij.*

32 ¶ Et eleganter, aun en caso mas apretado de auer el Patrono presentado a vn estraño, estãdo

llamados deudos, que aunque despues se ordene qualquiera deudo, no pueda ser admitido en perjuyzio del derecho que se le adquirio a el estraño q̃ ya estaua presentado, y en quien auia la calidad de Clerigo a el tiẽpo de la vacante, resoluit D. Perez de Lara *de Capellan. lib. 2. cap. 10. num. 59.* ibi: *Et quod diximus non sufficere, quod qualitas Clericatus superueniat, intelligendum est postquam alicui ab initio est ius quæsitum, cui non est afferendum à Capellania vacante, licet ad eam vocentur consanguinei fundatoris, cum primas partes habeat patronus ad præsentandum ei, principaliter est ius quæsitum ad præsentationẽ, quam si legitimè faciat, nemo poterit impugnare*, y prosigue trayendo muy grãdes fundamentos, y muchas autoridades idem Zauall. *quæst. 693. num. 27.*

33 ¶ Luego si en don Francisco ay todos los defectos referidos de incapacidad a el tiempo de la oposicion, y la incapacidad que despues le sobreuino por auer casadose, con que totalmente ipso facto quedò excluydo, *cap. 1. cap. diuersis fallatijs de Clericis coniugatis, & ad satur itatem*, Nicol. Garc. *de benefic. tom. 2. part. 11. cap. 8. à num. 1. & seqq.* don Iuan en quien concurren mas sin duda los defectos de no estar ordenado, ni a el tiempo de la vacante, ni de la oposicion, sino que sale mas de año y medio despues oponiendose quando el derecho està ya tan radicado en don Frãcisco del Burgo, no puede de ninguna suerte competir con el, ex supr. dictis, maxime *num.* 33.

34 ¶ El tercero y vltimo, porque no obsta de ninguna suerte el nueuo nombramiento que parece auer fecho doña Maria Zapata a el dicho don Iuã despues de auerse casado don Francisco su hijo. Lo vnos, porque no tuuo facultad quando el codicilo no padeciesse los defectos que quedan referidos para poder señalar mas que a vno de sus hijos, como parece por las palabras del dicho codicilo, y lo literal dellas, a lo qual siempre se deue estar mientras no constare de voluntad expressa de lo cõtrario, ex *l. 1. §. si quis nauem, vers. In re, ff. de exercit. act. & ibi glos. verb. edicti*, elegant. text. in *l. 5. tit. 33. part. 7.* ibi: *Las palabras del facedor del testamento deuen ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan,*

y no

y no se deue el juzgador partir del entendimiento dellas, fueras ende quando pareciere ciertamente que la voluntad del testador fuera otra, copiose D. Castill. lib. 4. controuers. cap. 10. num. 10. & 11. & pulchre Marçano cons. 8. nu. 6. vbi inquit: *Quid sit errandũ sit in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit, error iudicis inhæret scripto.*

35 ¶ Tùm, porque quando don Diego de Gumiel suena auer otorgado el dicho codicilo, tenia doña Maria Zapata a don Francisco, y a don Diego de Quesada, su hijo mayor, y no a don Iuan, con que su disposicion solo se ha de entender de los hijos que entonces tenia, y assi aun en caso que no huuiera nôbrado a don Francisco, no pudiera nombrar a el dicho don Iuan; porque auiendo dicho, que nombraua a vno de los hijos que señalasse la dicha doña Maria, se ha de entender a los que entonces tenia, aunque las palabras seã infinitas, que equipolen a las vniuersales, como hablando en vltimas disposiciones por testamento, probant expresse *l. fin. ff. de legat. 2. l. nomen* 33. § 1. *l. vxorem* 39. § *testamenti, ff. de legat.* 3. y en contratos, de los quales vale el argumento a las vltimas voluntades, *l. pactum inter heredes*, vbi notat DD. *ff. de pact. l. quæ de legatis, ff. de legat. 1. probant l. Rutilia pola, ff. de cõtrah. empt. l. in omnibus, ff. de seruitutibus, & aqua.* Y es la razon: *Quia nemo videtur loqui de eo quod ignorat, l.* 77. *ff. de cõtrah. empt. l. Iul. [illegible], ff. qui & à quibus, l. assium l.* 3. § *illud, ff. quod quisque iuris*, vbi quod hoc procedit in omni materia.

36 ¶ Tùm, porque para hazer el dicho segundo nombramiento doña Maria Zapata, se vale de vn supuesto falso, que es dezir, que es patrona del patronato que fundò el dicho don Diego, y que assi le es licito variar por ser lega, como dize que se permite a los patronos legos, *ex cap. cum autem, cap. quod autem, cap. Pastoralis de iur. patro.* & alijs quos refert Nicol. Garc. *de benefic.* 5. *part. cap.* 9. *à num.* 211. porque siendo, como es incierta la dicha suposicion, no se puede ajustar la dicha resolucion, y consequentemente se reconoce que no siendo patrona no pudiera hazer el segundo nombramiento, quia quælibet actus, seu dispositio cessat, faltando el presupuesto en que se funda, vt tenent Ses-

se

se *decis.* 160. *num.* 24. Surd. *cons.* 150. *num.* 78. & pasim alij quam plurimi.

37 ¶ Tum, porque aun dado caso que fuera patrona, tampoco pudiera hazer el dicho segundo nombramiento, porque era necessario que lo hiziesse dentro del termino que de derecho tienen los Patronos para poder nombrar, que es los legos dentro de quatro meses, y los Eclesiasticos de seys, *ex cap.* 1. *de iur. patronat. lib.* 6. D. Perez de Lara *de Capellan. libr.* 2. *cap.* 9. *à num.* 1. Nicol. Garcia *de benef. tom.* 1. *part.* 5. *cap.* 9. *à num.* 206. *& seqq.* y aun era necessario que lo hiziesse ante litis contestationem, vt pluribus fundat à n. 217. y lo auia de hazer cumulatiuè, pero no apartandose totalmente del primero, *ex cap. cum autem*, vbi omnes *de iur. patronat.* D. Gregor. Lopez *in l.* 6. *tit.* 5. *part.* 1. D. Perez de Lara vbi proximè, *cap.* 9. *num.* 18. & multis Nicol Garcia *d. c.* 9. *à n.* 211.

38 ¶ Tum demũ, y que por si solo basta para excluyr a don Iuan de Quesada, porque quando no huuiesse elegido como patrona, si no en virtud de facultad absoluta, y no tan limitada, como fue en este caso de poder variar, ò no quien tiene facultad de eligir, hazen los DD. dos distinciones, que entrambas se ajustan a el. La primera, quando la facultad se diò en vltima disposicion, y no por contracto, que entonces indistintamente resueluen los DD. que no se podrà variar, porque no ha de estar impendenti la execucion, y cumplimiento de la vltima voluntad, vt probatur ex text. *in l. cum patre*, § *à filia*, *ff. de legat.* 2. D. Castill. *lib.* 4. *cap.* 39. *num.* 31. vbi quam plurimos, *& in tom.* 5. *cap.* 80. *num.* 18. D. Præses Valençuela *cons.* 63. *num.* 39.

39 ¶ Y la segunda quando se diò simplemẽte sin hazer relacion de la muerte, ni dezir que hasta ella pudiesse nombrar, que entonces tampoco se podrà variar, porque con la primera vez cessò, y se acabò la comision, vt sunt textus expressi, *l. huiusmodi*, §. *stichum*, *ff. de legat.* 1. *l. si is cui* 19. *de legat.* 2. Bart. *in l. vnum ex familia*, *in fin princip. ff. de legat.* 2. bene cum multis Mieres *de maioratib.* 1. *part. quæst.* 48. *à num.* 156. *& num.* 176. *&* 177. *vsque ad fin.* eleganter vt semper doctissimè

Caldas

Cladas Pereyra de Castro *de nominat. emphit. quæst.* 10. à *num.* 83. ibi: *Semel autem potest quis eligere non pluries, quia variare non licet, vt resoluit idem Gomez dict. cap. 11. ante n. 44. traduut omnts in l. si is cui 19. ff. de legat. 2. vbi bonus textus, per quem Bartolus, ibi resoluunt hoc verum esse, quamuis eligens prætendat ignorante se elegisse, quoniam per electionem statim facta est executio, & inferius, ex quibus eleganter infero, eum cui simpliciter fuit concessa potestas nominandi, secundam, vvl tertiam personam nulla facta mortis mentione, semel nominantem, vel eligentem amplius nominare non posse.* Y auiẽdo comprouado con muchas autoridades, sic concludit: *Et hoc regulare est in quolibet eligere debente, qui cum semel elegit, functus est officio suo.*

40 ¶ Y assi se espera que sin atender a la dilacion nueua que pretende introduzir don Iuan de Quesada, ni a el nueuo nombramiento de que se vale se ha de determinar en fauor de don Francisco del Burgo, a quien demas de los fundamẽtos referidos assiste el ser deudo tan cercano del fundador, quia meritorium est conferri beneficium consangnineis, vt ex Zauallos, & alijs tenet D. Perez de Lara *de Capell. lib. 2. cap. 2. num. 5.* Por ser aquesto segun la mente de el testador, y presumirse que siempre quiere preferir a los de su familia a los estraños, latè & multis fundamentis Zauallos *dict. q. 693. n. 3. per tot.* con que auiendo en don Francisco de el Burgo, no solo el parẽtesco, sino la afeccion tan grande q̃ el fundador le tenia, como su ahijado, a quiẽ sacò de pila, y la mucha capacidad, y meritos de su persona, no parece qne se puede dexar de determinar en su fauor, mandandole hazer colacion de la dicha Capellania. Salva in omnibus. D.V.D.C.

El L. D. Diego Maldonado de Leon.

Cladas Pereyra de Castro *de nominat. emphit. quest.* 10. *à num.* 83. *ibi: Semel autem potest quis eligere non plures, quia variare non licet, vt resoluit idem Gomez dict. cap.* 11. *ante n.* 44. *tradunt omnes in l. si is cui* 19. *ff. de legat.* 2. *vbi bonus textus, per quem Bartolus, ibi resoluunt hoc verum esse, quamuis eligens pretendat ignorante se elegisse, quoniam per electionem statim facta est executio, & inferius, ex quibus eleganter infero, cum cui simpliciter fuit concessa potestas nominandi, secundam, vel tertiam personam nulla facta mortis mentione, semel nominantem, vel eligentem amplius nominare non posse.* Y auiẽdo comprouado con muchas autoridades, sic concludit: *Et hoc regulare est in quolibet eligere debente, qui cum semel elegit, functus est officio suo.*

40 ¶ Y assi se espera que sin atender a la dilacion nueua quẽ pretende introduzir don Iuan de Quesada, ni a el nueuo nombramiento de que se vale se ha de determinar en fauor de don Francisco del Burgo, a quien demas de los fundamẽtos referidos assiste el ser deudo tan cercano del fundador, quia meritorium est conferri beneficium consanguineis, vt ex Zauallos, & alijs tenet D. Perez de Lara *de Capell. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 5. Por ser aquesto segun la mente de el testador, y presumirse que siempre quiere preferir a los de su familia a los estraños, laté & multis fundamentis Zauallos *dict. q.* 693. *n.* 3. *per tot.* con que auiendo en don Francisco de el Burgo, no solo el parẽtesco, sino la afeccion tan grande q̃ el fundador le tenia, como su ahijado, a quiẽ saco de pila, y la mucha capacidad, y meritos de su persona, no parece que se puede dexar de determinar en su fauor, mandandole hazer colacion de la dicha Capellania. Salva in omnibus. D. V. D. C.

El L. D. Diego Maldonado de Leon.